

РЕШЕНИЕ

№ 1057

гр. София, 20.02.2023 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 05.12.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **8549** по описа за **2022** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е по реда на чл. 145 и сл. Административно-процесуалния кодекс /АПК/, във връзка с Закона за управление на средствата от Европейските фондове при споделено управление /ЗУСЕФСУ – заглавие изм. – ДВ бр.51 от 2022г., в сила от 01.07.2022 г./.

Образувано е по жалба на Софийски университет "Св. К. О.", представляван от проф. дфн. А. Г. – Ректор, срещу Решение № 0401-57/17.08.2022 г. на Ръководителя на управляващия орган на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж”, за налагане на финансова корекция в размер на 5 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия договор № 80.09-18/14.02.2022 г. с „Консорциум Б. Д. системс“ Д. на стойност 3 999 797.97 лв. без ДДС, съответно 4 799 757.56 лв. с ДДС (максимална стойност на финансовата корекция в размер на 239 987,88 лв. с ДДС.).

Жалбоподателят твърди, че обжалваното решение е незаконосъобразно, постановено е в нарушение на административнопроизводствените правила и материалния закон. Счита, че не е безспорно доказано извършено нарушение, както и от същото да са произлезли вреди. Искането до съда е за отмяна на оспореният акт с присъждане на разноски за производството.

В съдебно заседание по делото, чрез процесуалния си представител – юрк. В., поддържа жалбата, както и твърденията си относно незаконосъобразността на акта.

Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Ответникът - Ръководителят на управляващия орган на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж”, чрез процесуалния си представител – юрк. С. оспорва жалбата, като неоснователна. Подробни съображения излага в писмено становище по същата. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение. Представя писмени бележки.

Софийска градска прокуратура не изпраща представител, не изразява становище по жалбата.

Административен съд – София-град, Трето отделение, 7 -ми състав, след преценка на събраните по делото доказателства и като взе предвид становищата на страните, намира за установено следното от фактическа страна:

СУ „Св. К. О.“ е бенефициент по административен договор за безвъзмездна финансова помощ № BG05M2OP001-1.003-0002 по проект „Големи данни за интелигентно общество“ (GATE).

На 19.10.2021 г. с Решение е открита процедура за възлагане на обществена поръчка с предмет: „Доставка, инсталиране, конфигуриране, тестване и поддържане на „Специализирана централизирана система под ключ HADOOP“ за работа с големи данни, по проект „Големи данни за интелигентно общество“ GATE. По делото е представена одобрената от възложителя документация на процедурата по чл. 18, ал. 1, т. 12 от ЗОП, съдържаща Техническите спецификации, Методиката за оценка на офертите, както и одобрените от възложителя образци на документи; Приемо-предавателен протокол на офертите, получени за участие в процедурата и Регистър на лицата - подали оферти; Доклад съставен на основание чл. 106, ал. 1 от ЗОП и чл. 60 от ППЗОП за извършване на подбора на участниците, Заповед № РД 40-162 от 24.11.2021 г. на възложителя за определяне на състава и задачите на комисията за провеждане на процедурата документите, съставени на основание чл. 103, ал. 3 от ЗОП, отразяващи действията и резултатите от работата на комисията.

Постановено е решение, с което за изпълнител на обществената поръчка е класиран Консорциум Б. Д. С.“, с който е сключен договор № 80-09-18/14.02.2022 г.

При извършената проверка на възложената обществена поръчка, са констатирани нередности, които са дали основание за започване на производство за определяне на финансова корекция съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ.

На 01.08.2022 г., на основание чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, Р. изпраща до бенефициента СУ „Св. К. О.“ писмо № 04-01/01.08.2022 г. за започване на производство по определяне на финансова корекция, като му предоставя възможност да депозира възражения по основателността и размера на финансовата корекция, и при необходимост да представи доказателства.

С горесцитираното писмо СУ е уведомен, че при повторната проверка на горепосочената открита процедура са установени нередности. Отбелязано е също така, че предвид установеното нарушение, са налице в кумулация и трите елемента на понятието за „нередност“, установени в легалната дефиниция съгласно чл. 2, параграф 36 от Регламент № 1303/2013, които са идентични с определението по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, а именно:

-налице е нарушение на националното законодателство по обществените поръчки на 49, ал. 2 от ЗОП, а именно:

В т. 7. 1. 1. 1. „Минимални изисквания“ от техническата спецификация (за система СОГДИЦ), в подточки:

7.1.1.1.1. Минимални изисквания към Възела за данни (DataNodes). към системата СОГДИЦ - възложителят е изискал „ 2 броя процесори от тип I. Xeon P., всеки от тях с минимум 24 ядра, работещи с честота минимум 2.4 G.

7.1.1.1.2, Минимални изисквания GPU Възел за данни (G DataNode) към системата СОГДИЦ - възложителят е изискал „ 2 броя процесори от тип I. Xeon P., всеки от тях с минимум 24 ядра, работещи с честота минимум 2.4 G.; кеш 35.75 MB“;

7.1.1.1.3. Минимални изисквания Възел за имена (NameNode), Управляващ възел (M. Node), Граничен възел (E. Node) към системата СОГДИЦ – възложителят е изискал „2 броя процесори от тип I. Xeon V. Processors, всеки от тях с минимум 8 ядра, работещи с честота минимум 1,9GHz“;

7.1.1.1.4. Минимални изисквания Възел за сигурност (SecurityNode) към системата СОГДИЦ - възложителят е изискал „2 броя процесори от тип I. Xeon V. Processors, всеки от тях с минимум 8 ядра, работещи с честота минимум 1,9GHz“;

7.1.1.1.7. Минимални изисквания NAS устройство към системата СОГ7ТИП - възложителят е изискал „Минимум 1 брой процесор I. Xeon с минимум 4 ядра, работещ на честота 3,3GHz“

7.1.1.1.8. Минимални изисквания Хардуерни устройства за изграждането на Системата за управление на привилигированите потребители (СУПЩ към системата СОГДИЦ - възложителят е изискал „Минимум 1 брой процесор I. Xeon с минимум 4 ядра, работещ на честота 3,8GHz“.

Аналогично, в т. 7. 1. 2. 1. „Минимални изисквания“ от техническата спецификация (за система СОГДО), в подточки:

7.1.2.1.1. Минимални изисквания Възел за данни (DataNode) към системата СОГДО- възложителят е изискал „2 броя процесори, тип I. Xeon S. Scalable Processors, всеки от тях с минимум 8 ядра, работещи с честота минимум 2.1 G.

7.1.2.1.2. Минимални изисквания GPU Възел за данни (G DataNode) към системата СОГДО - възложителят е изискал „ 2 броя процесори от тип I. Xeon P., всеки от тях с минимум 24 ядра, работещи с честота минимум 2.4 G.; кеш 35.75 MB “

7.1.2.1.3. Минимални изисквания Възел за имена (NameNode). Управляват възел (ManagementNode). Граничен възел (EdgeNode) към системата СОГДО - възложителят е изискал „2 броя процесори от тип I. Xeon V. Processors, всеки от тях с минимум 8 ядра, работещи с честота минимум 1,9GHz“.

УО е приел, че чрез изричното изискване процесорите да бъдат тип I. Xeon P., I. Xeon V. Processors, I. Xeon u I. Xeon S. Scalable Processors, които са продукти на конкретен производител - I., без да е дадена възможност за представянето на еквивалентни решения, чрез посочване на думите „или еквивалентно/и“, възложителят отнапред е ограничил участието на тези потенциални участници в процедурата, които не предлагат/продават продукти на I., но биха могли да предложат друго, еквивалентно решение, което да осигури търсените от възложителя технически и/или функционални изисквания на посочените активи, а чрез тях и на системата като цяло.

Така заложените изисквания в техническата спецификация по поръчката не осигуряват спазване на принципите по чл. 2, ал. 1, т. 1 и 2 от ЗОП за равнопоставеност и недопускане на дискриминация и на свободна конкуренция на потенциалните участници.

С посоченото нарушение се ограничава кръгът на потенциалните участници, следователно не може да се гарантира постигането на най – изгодната за бюджета цена.

В т. 7.6. „Обучение“, на стр. 26 от техническата спецификация, е формулирано редното изискване „ Всеки курс да бъде 5 дневен, проведен от сертифициран от производителя инструктор...“

В т. 8. „Общи изисквания към предлаганата техника“ (стр. 26 от Техническата спецификация), е посочено в:

т.8.4. „Цялата хардуерна кълстерна система в настоящата поръчка трябва да бъде напълно интегрирана от сертифициран от производителя специалист“;

т.8.5 „Изпълнителя да е упълномощен от съответните производители за участие в настоящата процедура (с изключение на решения с отворен код)

УО е приел, че така цитираните условия са ограничителни, тъй като дават необосновано предимство само на тези участници, чиито оферти отговарят на тях, като по този начин необосновано ограничават участието на други стопански субекти, чиито оферти дори и да не съответстват на посочените условия, също биха могли да изпълнят поръчката, тъй като така заложените условия са завишени и не са съобразени с предмета и сложността на обществената поръчка.

Приел е още и че условието по т. 2 (посочено в т. 8.4 от документацията), касаещо изискването, че „Цялата хардуерна кълстерна система в настоящата поръчка трябва да бъде напълно интегрирана от сертифициран от производителя специалист“ отново се дава необосновано предимство на участниците, които могат да осигурят интеграцията на системата да бъде извършена от сертифициран от производителя специалист, като необосновано се ограничават от участие тези потенциални участници, които биха могли да подсигурят интеграцията на системата да бъде извършена от специалист, оторизиран от официален/ни представител/ли на производителя.

По отношение условието на т.8.5 (от техническата спецификация) „Изпълнителя да е упълномощен от съответните производители за участие в настоящата процедура (с изключение на решения с отворен код)” - същото отново предоставя необосновано предимство само на тези участници, които са изрично упълномощени за участие в настоящата процедура, като по този начин необосновано се ограничават участието на другите стопански субекти, чиито оферти дори и да не разполагат с изрично оправомощаване за конкретната процедурата, също могат да изпълнят поръчката, тъй като притежават обща оторизация - имат право по принцип да продават, доставят, инсталират, конфигурират, интегрират, тестват, обучават и поддържат специализирани централизирани системи HADOOP, поради което така заложеното условие е завишено и не е съобразено с предмета и сложността на обществената поръчка.

По същия начин участниците, които нямат (не могат да осигурят) за дейностите обучение и интеграция, инструктор/специалист, сертифициран директно от производителя няма да могат да вземат участие в поръчката, тъй като няма да отговарят на така формулираните условия, заложен в т. 7.6 и т. 8.4 от техническата спецификация, а ако участват - ще бъдат отстранени от участие в процедурата, поради несъответствие на офертата с предварително обявените условия на възложителя.

Посочените по-горе в т. 1 и т. 2 условия за изпълнение на поръчката са в противоречие с чл. 2, ал. 2 от ЗОП и чл. 39, ал. 3, т. 1, б. „ж“ от ППЗОП, тъй като представляват изискана от възложителя друга информация и/или документи, която/които обаче не се налагат от предмета на поръчката, респ. не е/ не са необходима/и за изпълнението на поръчката.

С посоченото нарушение се ограничават кръгът на потенциалните участници,

следователно не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. На 05.08.2022 г. чрез ИСУН 2020 с кореспонденция рег. BG05M20P001-1.003-0002-C01-M075 /л. 80 и сл./ бенефициентът СУ „С. К. О.“ е подал възражение, в което изразява несъгласие с описаните констатации и с основателността, и размера на предложената финансова корекция.

След разглеждане и анализ на представените възражения, Р. не приема изложеното и с Решение № 0401-57/17.08.2022 г. издадено на основание чл. 73, ал. 1 във вр. чл. 70, ал.1, т. 9 и чл. 9, ал. 1 и ал. 5 от ЗУСЕФСУ, определя на СУ „С. К. О.“ финансова корекция /ФК/ в размер на 5 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от ЕСИФ (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия договор № 80.09-18/14.02.2022 г. с „Консорциум Б. Д. системс“ Д. на стойност 3 999 797.97 лв. без ДДС, съответно 4 799 757.56 лв. с ДДС (максимална стойност на финансовата корекция в размер на 239 987,88 лв. с ДДС, сключен в резултат на проведена от СУ „Св. К. О.“ обществена поръчка с предмет „Доставка, инсталиране, конфигуриране, тестване и поддържане на „Специализирана система по ключ HADOOP“ за работа с големи данни, по проект „Големи данни за интелигентно общество“ (GATE), с номер в Р. 00640 – 2021 – 0068.

Финансовата корекция, определена с оспорения акт, е извършена по реда на чл. 75, ал. 1 от ЗУСЕФСУ, като бенефициентът по административния договор за предоставяне на БФП дължи възстановяване на сума в размер на 239 987,88 лева (стойност с ДДС) в съответствие с реда и начина на възстановяване на дължими средства, посочени в чл. 43, ал. 1, т. 1 от Наредба № Н-3 от 22.05.2018 г. за определяне на правилата за плащания, за верификация и сертификация на разходите, за възстановяване и отписване на неправомерни разходи и за осчетоводяване, както и сроковете и правилата за приключване на счетоводната година по оперативните програми и програмите за европейско териториално сътрудничество (изм. и доп. ДВ. бр. 83 от 22 Октомври 2019 г.).

При така установеното от фактическа страна, съдът прави следните правни изводи:

Жалбата е допустима, тъй като е подадена в срок, от лице, което е адресат и пряко засегнато от оспорения акт. Разгледана по същество, тя е неоснователна.

Съгласно чл. 73, ал. 1 ЗУСЕФСУ, финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. Съгласно чл. 4, ал. 1 от Устройствения правилник /УП/ на Изпълнителната агенция "Програма за образование" /Загл. изм. – ДВ, бр. 67 от 2021 г., в сила от 17.08.2021 г./ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 – 2020 г. (ОП "НОИР") и всички произтичащи от това задължения и отговорности съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Съобразно чл. 6, т. 1 на УП изпълнителният директор е ръководител на управляващия орган на ОП "НОИР" и на Програма "Образование". По арг. от чл. 3 на УП изпълнителният директор се назначава с договор, който се сключва, изменя и прекратява от министъра на образованието и науката съгласувано с министър-председателя. По делото е представен трудов договор № РД12-24/01.03.2022 г. /л. 51/, съгласно който проф. Г. Н. В. е назначен на длъжност изпълнителен директор на ИА „Програма за образование“. С оглед това, процесното решение е издадено от компетентен орган.

Спазени са изискванията за форма на административния акт и не са допуснати

съществени нарушения на административнопроизводствените правила при постановяването му – жалбоподателят е бил уведомен за констатираните нарушения и предстоящото налагане на финансова корекция, като му е предоставена възможност за възражения. В писмото си за започване на производството за определяне на финансова корекция Р. е описал и мотивирал установеното нарушение, основанията за предлагане на ФК, както фактически, така и правни: изложил е фактите, относими към установено нарушение, включително е определил правната квалификация на нарушението според правилата на действащия ЗОП към датата на извършване на нарушението. Административният орган е изследвал също така дали нарушенията на ЗОП представляват нередност съгласно дефиницията за нередност по чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013 г., които са идентични с определението за нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ, като е анализирал всеки от елементите от фактическия състав на нередността спрямо фактите, обосновал е, че конкретното нарушение на ЗОП има характер на нередност, като е посочил и правната квалификация на нередността.

Бенефициентът е упражнил правото си на възражение, което е обсъдено детайлно и подробно от административния орган, включително и приложените към него доказателства, като са изложени конкретни аргументи защо намира същите за неоснователни. В тази връзка съдът намира за неоснователни оплакванията в жалбата за допуснати процесуални нарушения от страна на Р..

Административният орган е посочил като правно основание за налагане на ФК - чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕФСУ - друга нередност, съставляваща нарушение на приложимото право на ЕС и/или българското законодателство, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Според чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕФСУ, случаите на нередности, за които се извършват финансови корекции по ал. 1, т. 9, се посочват в нормативен акт на Министерския съвет.

Съгласно чл. 143, § 1 от Регламент № 1303/2013, държавите членки носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Разпоредбата на чл. 122, § 2 от същия регламент сочи, че държавите членки предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Така формулираното задължение на държавите членки поставя в центъра на изпълнението на задължението доказването на нередността. Дефиницията за нередност, дадена в чл. 2, § 36 от Регламент № 1303/2013, съдържа следните елементи: а) действие или бездействие на икономически оператор, участващ в прилагането на европейските структурни и инвестиционни фондове б) което води до нарушение на правото на Европейския съюз или на националното право, свързано с неговото прилагането, и в) има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

По делото не е спорно, че първият елемент от понятието е налице – СУ "Св. К. О." има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, § 37 от Регламент № 1303/2013, защото участва в изпълнението на помощта от ЕСИФ, тъй като е страна по ДБФП с рег. №BG05M20P001-1. 003-0002 сключен с ИА

"Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" – Управляващ орган на ОПНОИР (настояща Изпълнителна агенция "Програма за образование", преименувана с Постановление № 274 на МС от 09.08.2021 г. (обн. ДВ брой 67 от 13.08.2021 г., в сила от 17.08.2021 г.). В това си качество и в изпълнение на одобрения проект, СУ е осъществил действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от Европейския фонд за регионално развитие, с горепосочения предмет.

Спорът по делото, с оглед наведените от жалбоподателя оплаквания, се свежда до наличието на втория и третия елемент на определението за нередност, за да се приеме, че наложената финансова корекция е законосъобразна.

При провеждане на всяка процедура за определяне на изпълнител на възложителя е дадено право да заложи съответни условия, включително и техническите спецификации на стоката/услугата, която се доставя като предмет на обществената поръчка. Законодателят в чл. 49 от ЗОП е предвидил, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществена поръчка в условията на конкуренция. Техническите спецификации не могат да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лице или някои продукти. Според ал.2, по изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл. 48, ал.1 от ЗОП, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите „или еквивалентно/и“.

Видно от описаното в техническата спецификация се касае за изискване относно конкретни търговски марки на типа процесор, а именно I. Xeon P., I. Xeon B. Processors, I. Xeon, I. Xeon S. Scalable Processors. В този смисъл нарушението на чл. 49, ал. 2, изр. второ от ЗОП е безспорно установено и то представлява нередност по смисъла на т. 11 на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата нарушението, за което се определя финансова корекция, е „използване на технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“. Посочването на конкретна марка ограничава кръга на потенциалните участници. В този смисъл и в духа на цитираното от жалбоподателя Решение №14174/21.12.2016г. на ВАС по адм. д. 11022/2016г., ограничаването е необосновано, тъй като възложителят е конкретизирал марка, без оглед на техническите характеристики и специфика на продуктите, каквито биха могли да притежават и аналогични продукти на друга търговска марка или производител.

Настоящият съдебен състав не споделя възражението на жалбоподателя, затова че техническите спецификации са осигурили равен достъп на участниците до

процедурата за възлагане на обществената поръчка в условията на конкуренция в съответствие с изискването на чл. 49, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП. С предвидените в документацията технически характеристики и параметри следва да се въвеждат минимални изисквания към обекта на обществената поръчка, като в съответствие с разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП. Същото обаче не следва да противоречи на разпоредбата на чл. 49, ал. 2 от ЗОП - техническите спецификации не могат да съдържат и „търговски марки, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване ти елиминиране на определени лица или някои продукти". В съответствие с разпоредбата на чл. 49, ал. 2, изречение второ от ЗОП, а именно: „По изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо по реда на чл. 48, ал. 1 се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите „или еквиваленто/и“ жалбоподателят е следвало да добави думите „или еквивалентно/и“, а такова добавяне при посочване на позициите в техническата спецификация по обособена позиция № 1 на поръчката не е направено за конкретно описаните в административния акт марки на продуктите. В Техническата спецификация по обособена позиция № 1 на обществената поръчка не са определени характеристики, капацитет или параметри на процесора, а точно определена марка процесор. Не са изложени мотиви по отношение на необходимост от точно тази марка процесор и не е дадена възможност да се представи друга марка процесори.

В хода на делото пред съда остана недоказано твърдението на жалбоподателя, затова че в техническите спецификации не може да се включи „или еквивалент“ защото „предметът на поръчката е изключително специфичен и комплексен, тъй като системата, обект на конкретната поръчка е възможно най – сложната и мащабна в България“. Същевременно се сочи, че ”системата Nadoor работи само върху процесори произведени от фирмата I. и AMD”, но е формулирано единствено изискването само за процесор I., но тези обстоятелства не са посочени никъде в документацията или в техническите спецификации, с което да се мотивира избора на конкретната марка процесор. Няма данни по процедурата, които да показват зависимост и нужда от съвместимост между отделните компоненти на оборудването, а е посочена конкретна марка процесор, който лишава от възможност за участие всички потенциални участници, които биха предложили еквивалентния продукт на производителя AMD. Включването на конкретни модели и производители в техническите спецификации е нарушение на българското законодателство, тъй като може да доведе до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или стоки. Констатираното е в нарушение на изискванията на чл. 49, ал. 2 от ЗОП, при което потенциалните участници са възпрепятствани от участие в процедурата, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП. Тъй като поставеното ограничително условие в Техническата спецификация, касаещо изискването за конкретни

процесори и производители е довело до разубеждаващ ефект в потенциалните участници, размерът на финансовото отражение от установеното от УО нарушение на императивните изисквания на чл. 49, ал. 2 от ЗОП обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако техническата спецификация беше законосъобразно определена.

Незаконсъобразно определените технически спецификации води до ограничаване на участниците до процедурата, защото има и разубеждаващ ефект, който е иманентно присъща отличителна черта, характеризираща всички категории нередности като ограничаващи достъпа на заинтересованите субекти до конкретната процедура. В резултат на самото създаване на предпоставки за ограничаване на достъпа до участие на потенциални кандидати вече е налице ограничаване на кръга на потенциалните участници, от което следва, че не може да се гарантира постигането на най-изгодната за бюджета цена. Ако жалбоподателят бе спазил изискването на закона, би могло в поръчката да участват и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства.

В настоящия случай, нарушаването на принципа на конкуренцията е проявено чрез залагането на дискриминационни технически спецификации, което е ограничило достъпа на участниците до конкретната процедура, нарушавайки принципа на свободната конкуренция. Ако бенефициентът бе спазил изискването на закона и бе добавил на думите „или еквиваленто/и“ би могло оферти да подадат и други кандидати и това да доведе до по-ефикасно разходване на предоставените от Съюза финансови средства. Ограничението на конкуренцията в случая се осъществява обективно чрез стесняване кръга на потенциалните оференти - за конкретни модели и производители на I. и AMD Това обстоятелство има разубеждаващ ефект към потенциалните участници да подадат оферти по обществената поръчка, т.е. води до необосновано ограничаване на конкуренцията. Предвид гореизложеното съдът намира, че са нарушени принципите на свободна конкуренция и равен достъп, което води до ограничаване на потенциалните участници или кандидати.

Съгласно разпоредбата на чл. 101, ал. 5 от ЗОП, всеки участник е длъжен при изготвяне на офертата да се придържа точно към обявените от възложителя условия. Участникът следва да отговори на поставените от възложителя условия и да представи в офертата си точно техническо предложение, съдържащо изискваната от възложителя друга информация и/или документи, независимо, че тези условия са дискриминационни. Респективно липсата на тази информация би било неизпълнение на поставените условия за изпълнение, което е основание за отстраняване на офертата на основание чл. 107, а т.2 , б. „а“ от ЗОП.

Във връзка с посоченото, съдът, счита, че безспорно се установява и от приложената административна преписка, че възложителят е поискал друга

информация и/или документи по смисъла на закона, като са посочени допълнителни изисквания в техническата спецификация, а именно „обучението да бъде проведено сертифициран от производителя инструктор; интеграцията на системата да бъде извършена от сертифициран от производителя специалист и изпълнителя да е упълномощен от съответните производители за участие в настоящата процедура (с изключение на решения с отворен код)– нарушение на основание чл. 39, ал.3, т.1, б. „ж“ от ППЗОП при което потенциалните участници са възпрепятствани от участие в процедурата, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Въвеждането на изискване на оторизация изрично от производител не е съобразена с предмета и сложността на обществената поръчка, тъй като горепосочените дейности от предмета на поръчката могат да бъдат изпълнени и от лица, които са сертифицирани от официални представители на производителя с права за извършването на тези дейности, като по този начин възложителят необосновано е ограничил конкуренцията, респ. необосновано е дал предимство и необосновано е ограничил участието на стопански субекти в обществената поръчка, тъй като не е отчетел, че дейностите по интеграция и обучение, включени в предмета на поръчката, могат да бъдат извършени не само от лице, сертифицирано директно от производителя, но и от лице/а, сертифицирано/и от негови официални представители за търговия/интеграция/обучение и поддръжка на Hadoop системата. Т.е. сертификацията на специалиста (извършващ обучението и интеграцията) не е задължително да изхожда само и единствено от производителя на предлаганото оборудване, а е допустима и сертификация от оправомощени от производителя за целта икономически оператори, партньори и/или други сертифицирани лица. С въвеждането на такова изискване възложителят необосновано е дал предимство на участници, които разполагат (или могат да осигурят) сертифицирани директно от производителя инструктор за обучението и специалист по интеграцията, и обратно необосновано е ограничил кръга от потенциални участници, които дори и да не разполагат с такива лица, сертифицирани директно от производителя, имат на разположение (могат да осигурят) експерти, които са сертифицирани за дейностите по обучение и интеграция на системата, но от оправомощени от производителя за целта икономически оператори, партньори и/или други сертифицирани лица, и в тази връзка биха могли да изпълнят поръчката със същото или дори с по-добро качество от изпълнител, който разполага със сертифицирани директно от производителя лица.

Също така цитираното нарушение коректно е субсумирано от административния орган във фактическия състав на т. 11, буква „б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ (Наредбата, приета с ПМС № 57/28.03.2017 г., обн., ДВ, бр.

27 от 2017 г., поел. изм. и доп., ДВ, бр. 19 от 06.03.2020 г.), тъй като са налице условия за изпълнение на поръчката, които ограничават достъпа на кандидатите или участниците, но са получени две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор.

Оспореният административният акт е издаден и при съобразяване с целта на закона. Съгласно чл. 2, ал. 1 от ЗУСЕФСУ средствата от ЕФСУ се управляват при спазване на хоризонталните принципи и законност, добро финансово управление, пропорционалност и прозрачност чрез партньорство и многостепенно управление с цел намаляване на административната тежест за бенефициента и при осигуряването на видимост. Допуснатите нарушения на ЗОП водят до незаконосъобразно разходване на средства от европейските структурни и инвестиционни фондове, което е в противоречие с целта на закона. Финансовата корекция като административна мярка има за цел да възстанови фактическото положение отпреди нарушението, като върне в бюджета на Съюза размера на средствата от съответните фондове, който е неправомерно разходван.

Във връзка с гореизложеното, съдът намира, че Р. правилно е установил релевантните за казуса факти, въз основа на тях е направил обосновани фактически изводи, правилно е тълкувал и приложил материалния закон и съобразил неговата цел, поради което решението му за определяне на финансова корекция е законосъобразно, а жалбата срещу него - неоснователна и следва да бъде отхвърлена.

С оглед изхода на спора в полза на ответника следва да се присъди юрисконсултско възнаграждение в размер на 100 лева, на основание чл. 143, ал. 3 АПК във вр. с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Воден от горното и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд - София-град, Трето отделение, 7 - ми състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Софийски университет "Св. К. О.", представляван от проф. дфн. А. Г. – Ректор, чрез процесуалния представител-И. И., срещу Решение № 0401-57/17.08.2022 г. на Ръководителя на управляващия орган на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж”, за налагане на финансова корекция в размер на 5 % върху предоставената безвъзмездна финансова помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове (сумата на допустимите, засегнати от нарушението разходи, които са поискани от бенефициента за възстановяване) по засегнатия договор № 80.09-18/14.02.2022 г. с „Консорциум Б. Д. системс“ Д. на стойност 3 999 797.97 лв. без ДДС, съответно 4 799 757.56 лв. с ДДС (максимална стойност на финансовата корекция в размер на 239 987,88 лв. с ДДС.).

ОСЪЖДА Софийски университет "Св. К. О.", със седалище [населено място] и адрес: [улица], да заплати на Изпълнителна агенция "Програма за образование" разноски по делото в размер на 100,00 лв. (сто лева).

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред Върховен административен съд чрез Административен съд – София - град в 14-дневен срок от съобщението до страните.

СЪДИЯ: